

# La repercusión del “Modelo Español” de trasplantes en la legitimidad de la incriminación del comercio de órganos

Clara Moya Guillem

Universidad de Alicante

[clara.mg@ua.es](mailto:clara.mg@ua.es)

## The Impact of the “Spanish Model” of Transplants in an Assessment of the Incrimination of Organ Trade

**RESUMEN:** El tráfico de órganos humanos se origina, principalmente, por la escasez de órganos para trasplantar. Por esta razón, si se pretende combatir, su mera criminalización no parece ser la medida más adecuada. A pesar de ello, en España, incluso cuando se trata de una compraventa libremente acordada entre el donante y el receptor, el tráfico de órganos se sanciona con la pena de prisión de hasta doce años. Pues bien, la finalidad del presente trabajo consiste en examinar si la prohibición penal del comercio voluntario de órganos humanos se encuentra justificada. Para ello, por un lado, se examinan los modelos de obtención de órganos planteados para afrontar el problema de la escasez (modelo de donación, modelo de mercado y modelo obligatorio); y, por otro lado, considerando que en España se ha optado por el modelo de donación, se valora si la norma penal que prohíbe el comercio de órganos humanos respeta dos de los requisitos que justifican la existencia de una sanción penal: la idoneidad y la necesidad.

**ABSTRACT:** Trafficking in human organs is largely the result of the shortage of organs for transplant. Consequently, if it is to be prevented, its mere criminalisation does not seem the most appropriate measure. Nevertheless, in Spain, trafficking in human organs is punishable by imprisonment of up to 12 years, even in cases where a sale has been freely agreed between the donor and the recipient. Thus, the aim of the present paper is to determine whether there is any justification for the criminal prohibition of the voluntary sale and purchase of human organs. To this end, on the one hand I will examine the different human organ procurement models that have been proposed to tackle the problem of scarcity (donation model, market model and compulsory model); and on the other, given that Spain has opted for the donation model, I will assess whether the criminal prohibition of trade in human organs respects two of the requirements that justify the existence of a criminal penalty: suitability and need.

**PALABRAS CLAVE:** Tráfico de órganos, Obtención de órganos, Escasez de órganos, Trasplante de órganos, Comercio de órganos

**KEYWORDS:** Trafficking in organs, Organ procurement, Shortage of organs, Transplantation of organs, Trade in organs

### 1. Cuestiones previas

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incriminó por primera vez en España el tráfico de órganos mediante la incorporación de dos preceptos al Código penal: el artículo 156 bis, que recoge los delitos de tráfico de órganos humanos<sup>1</sup>, y el artículo 177 bis.1.d), que prevé el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos<sup>2</sup>. Además, el tráfico de órganos se prohíbe tanto en la *Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos*, como en el *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos designados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*<sup>3</sup>.

Estas normas castigan comportamientos de tráfico de órganos de muy distinta gravedad, por lo que no pueden ser examinadas indiscriminadamente. En el presente trabajo voy a limitarme a reflexionar acerca de si la prohibición penal del comercio voluntario de órganos humanos, que es sólo una de las conductas



típicas previstas en el artículo 156 bis del Código penal, se encuentra justificada o si, por el contrario, carece de fundamento<sup>4</sup>.

Según declaró el legislador penal en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, este tipo se incorporó al Código penal *“como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos y al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición”*. Sin embargo, la necesidad de este precepto ha sido muy cuestionada (Benítez Ortúzar, 2016, 100; Queralt Jiménez, 2015, 157; Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, 277; Romeo Casabona, 2010).

Pues bien, para la consecución del objetivo declarado, expondré los distintos modelos de obtención de órganos humanos propuestos (modelo de donación, modelo de mercado y modelo obligatorio) y, seguidamente, tras exponerlos críticamente, analizaré cómo repercute en el examen de legitimidad de la prohibición penal del comercio voluntario de órganos humanos (concretamente, del principio de proporcionalidad) el mantenimiento en España del modelo de donación. En particular, valoraré si, teniendo presente la actual política española de obtención de órganos humanos, la tipificación penal del comercio voluntario de órganos prevista en el artículo 156 bis del Código penal resulta una medida idónea y necesaria.

## 2. Los modelos de obtención de órganos humanos con fines terapéuticos

Actualmente, en la mayoría de los Estados la donación es la única forma permitida de obtener órganos humanos con fines terapéuticos. Asimismo, el modelo de donación (también conocido como modelo altruista<sup>5</sup>) es el respaldado por las principales organizaciones internacionales<sup>6</sup>.

Este modelo de donación puede adoptar dos formas: la donación incentivada y la donación sin incentivos. La primera de estas dos modalidades se defiende por el incremento en el número de donaciones que podría suponer, siendo las formas de incentivo más respaldadas el seguro sanitario y los incentivos fiscales<sup>7</sup>. En contra de la donación incentivada, sin embargo, algunos autores sostienen que podría resultar coercitiva para aquellos sujetos más necesitados y, por tanto, que presentaría muchos de los problemas que se tratan de evitar prohibiendo el mercado de órganos (Veatch, 2000).

No obstante, cualquiera que sea la forma que adopte, esta política no consigue, por lo general, la obtención de suficientes órganos para trasplantar y, en consecuencia, ni se logra reducir el tiempo a la espera de un órgano ni el elevado número de enfermos que fallece sin llegar a recibir el trasplante que necesita. El Registro Mundial de Trasplantes calcula en 119.873 el número total de trasplantes de órganos sólidos efectuados en todo el mundo en el año 2015. Pero se estima que, por ejemplo, en los Estados Unidos fallecieron 8.557 enfermos a lo largo de todo ese año a la espera de un trasplante y en Europa fueron 3.874 los fallecidos. Esto sucede incluso en España, ya que, aunque en el año 2015 se realizaron 4.769 trasplantes de órganos sólidos (un dato récord), *"se objetiva una mortalidad anual en lista del 6 al 8%"*, según declara la ONT en el Documento "Donación en Asistolia en España: Situación actual y recomendaciones" publicado en 2012<sup>8</sup>.

Para combatir este problema se han propuesto distintas alternativas a la política de donación. Los modelos alternativos sugeridos son el "modelo de mercado" (para la obtención de órganos procedentes de personas vivas y de fallecidos) y el "modelo obligatorio" (solo para la obtención de órganos de fallecidos). A su exposición voy a dedicar las siguientes líneas.

En relación con la obtención de órganos procedentes de personas vivas, se defiende por la doctrina mayoritaria el modelo de donación, aludiendo a la extrapatrimonialidad del cuerpo humano y de sus partes. En este sentido, se afirma que *"los órganos son patrimonio de la humanidad y expresión de la dignidad de una persona, y medio para la supervivencia de otra y son, por ello, res extra commercium, es decir, fuera del comercio y de las transacciones mercantiles de los hombres"* (Peces-Barba, 1993, 7).

Esta extrapatrimonialidad del cuerpo humano se trata de sostener con argumentos que se oponen frontalmente al comercio de los mismos. Así, se alega que la compraventa de órganos humanos para trasplantar generaría un acceso injusto a la terapia del trasplante, y deterioraría la calidad de los órganos y la seguridad de las condiciones en las que se realizan tanto la extracción como el posterior trasplante. Además, a favor del modelo de donación se aduce que el consentimiento del donante en este contexto cuando media precio no puede considerarse válido y que la compraventa de partes del cuerpo humano supone tratar a la persona como una cosa<sup>9</sup>. Se considera, en suma, que la imposición de un mercado de órganos atentaría contra la dignidad del donante (Torres Fernández, 2005; Garzón Valdés,

1994)<sup>10</sup> y que su prohibición, en cambio, constituye una “*defensa paternalista contra la propia irracionalidad del sujeto, impidiéndole hacer aquello que le dañaría a largo plazo*” (Carrasco Perera, 2011, 89).

Por su parte, los especialistas más liberales en este ámbito sostienen que el modelo de donación restringe injustificadamente la autonomía individual del donante, al no permitirle vender sus órganos si lo desea (Friedlaender, 2002; Harris y Erin, 2002; Hansmann, 1989; Shetty, 2009; Matas, 2004). Estos autores entienden que la decisión acerca del destino de los órganos humanos pertenece a quien los porta y que a dicha facultad de disposición no se le debe poner ninguna traba. Por ello, afirman que si las partes intervinientes en el negocio (donante y receptor) consienten, no debería haber inconveniente alguno en poder llevar a cabo una compraventa del mismo modo en que se lleva a cabo una donación.

Esta defensa, que sería perfectamente posible en España, se sustenta, además, en que los órganos humanos deberían considerarse cosas disponibles y así cada sujeto podría hacer con ellos lo que con cualquier otro bien que le pertenezca. Algunos autores consideran, en esta dirección, que se deben admitir como jurídicamente válidos los contratos corporales, aún a título oneroso, en los cuales el objeto de la prestación sean órganos o miembros del cuerpo humano que no imposibiliten ni menoscaben el pleno funcionamiento del organismo humano para llevar una vida normal (Borrillo, 1994; López Berenguer, 1951). De esta forma, una persona podría vender su sangre, así como sus tejidos regenerables (como la médula ósea) o un riñón, y también podrían permitirse los contratos corporales onerosos sobre los cadáveres. En definitiva, los partidarios de esta opción doctrinal consideran la venta de órganos como un acto válido, que sólo puede generar una sanción de tipo moral. Por ello, se sostiene que el derecho sobre el propio cuerpo es un derecho de propiedad que si se ejerce por el titular otorga la libertad y si se ejerce por personas ajenas implica esclavitud.

Asimismo, se estima que, de esta manera, se incrementaría la disponibilidad de órganos humanos para trasplantar. Esta predicción se basa en estudios como el que se realizó para el *Journal of Economic Perspectives* en el año 2007, en el que se estimó que una compensación de 15.000 dólares a cada donante vivo eliminaría la escasez de riñones (Becker Gary y Elías, 2003). Y a esta misma conclusión se llega, explicando que Irán, que es el único país en el que actualmente se encuentra

regulado el mercado de órganos, ya no alberga enfermos renales en sus listas de espera (Hipen, 2008; Larijani y otros, 2004).

Finalmente, a favor de esta propuesta se indica que puesto que el comercio de órganos va a seguir existiendo, si se legalizara, al menos, se normalizarían los precios, ya que las mafias dedicadas a esta lucrativa actividad desaparecerían, y, además, se propiciaría un mayor control sanitario<sup>11</sup>.

En conclusión, el debate doctrinal en relación con la obtención de órganos procedentes de personas vivas para trasplantar reside en la confrontación entre el modelo de donación y el modelo de mercado, y se encuentran argumentos a favor y en contra de cada uno de ellos. En cambio, en relación con la obtención de órganos humanos procedentes de personas fallecidas, se proponen tres modelos teóricos: el de donación, el de mercado y el obligatorio.

Los argumentos que aducen tanto los partidarios del modelo de donación como los que defienden el modelo de mercado, en relación con los órganos procedentes de personas fallecidas, son esencialmente los mismos que se alegan en relación con la obtención de órganos de personas vivas. La única razón que, en general, no se trae a colación para defender el modelo de donación en este ámbito es la protección de la dignidad del donante. Este es el motivo por el que el comercio de los órganos procedentes de personas fallecidas conlleva menor rechazo moral que el comercio de los órganos de personas vivas, ya que no se plantean los riesgos de explotación para el donante ni tampoco corre peligro su salud (Blumstein, 1999). Como afirma Garzón Valdés, aunque el autor no esté de acuerdo con la adopción del modelo de mercado, "*que la donación post mortem sea gratuita o no, no altera sustancialmente la calidad moral del acto*" (Garzón Valdés, 1994).

Y, por último, como alternativa a los dos modelos de obtención de órganos procedentes de personas fallecidas descritos hasta el momento se propone el modelo obligatorio (Silver, 1988; Fabre, 2006; De Lora, 2011; De Lora, 2012).

Este modelo teórico, que también ha sido denominado "modelo confiscatorio"<sup>12</sup>, plantea una política redistributiva de los órganos; es decir, los órganos serían algo muy similar a los bienes de dominio público, por su viabilidad para salvar vidas, y el Estado podría utilizarlos en beneficio del interés general. De este modo, una vez

fallecido un sujeto, si alguno de sus órganos fuese óptimo para realizar un trasplante se procedería a la extracción del mismo sin tener en consideración la voluntad del fallecido ni la de su familia.

Esta política de adquisición de órganos humanos con fines terapéuticos se sustenta en que, como sostiene Atienza, *"un cadáver no es una persona y, aunque no por ello deje de ser un bien digno de protección, parece claro que la satisfacción de los deseos de familiares (o incluso de los del propio fallecido) no pueden prevalecer sobre el bien de la vida y de la salud de los enfermos que podrían beneficiarse de sus órganos"* (Atienza, 2007). Los defensores del modelo obligatorio, además de este argumento, alegan que el modelo de donación que rige en la actualidad tiene un alto coste en términos de vidas humanas y de sufrimiento de los pacientes que aguardan en las listas de espera, que podría evitarse. Igualmente, consideran que poder recibir un órgano en caso de enfermar pero no querer ser donante tras la muerte resulta tremendamente injusto (De Lora y Zúñiga, 2012; Gordillo Cañas, 1987).

En definitiva, los partidarios del modelo obligatorio sostienen que si se implantara se incrementaría la oferta de órganos disponibles para trasplantar bajo criterios admisibles y, además, de una manera mucho más justa, ya que todos estarían obligados a contribuir al mantenimiento de un sistema del que todos pueden requerir asistencia en algún momento de sus vidas.

A pesar de los argumentos acabados de exponer a favor del modelo obligatorio, en la actualidad no hay ningún Estado que lo aplique, probablemente, por el miedo a que tal política genere desconfianza en el sistema nacional de trasplantes, así como por lo impopular que sería una medida de estas características. No obstante, sus defensores explican que la voluntad del fallecido no se respeta, por ejemplo, a la hora de realizar una autopsia (Rivera López, 2001, 11) o si el deseo del fallecido consiste en que su cuerpo se exhiba en la plaza del pueblo hasta su total descomposición (Garzón Valdés, 1994, 174). En estos casos no se concede valor al deseo del fallecido ni a la de su familia porque se anteponen otros intereses (la culminación exitosa de un sumario, la salud pública, etc.). Pues bien, en el modelo que estoy describiendo la irrelevancia de la voluntad del fallecido estaría, según sus partidarios, al menos, igualmente justificada. Incluso algún autor llega a plantearse si no debería ser perseguido por un delito de omisión del deber de socorro, o por un delito de lesiones u homicidio en comisión por omisión, el médico que no realiza un



trasplante que el receptor requiere con urgencia porque opta por respetar la negativa de los familiares del fallecido a la donación, pese a no constar el consentimiento contrario de este (Molina Fernández, 2000, 245).

### 3. Toma de postura acerca de los modelos de obtención de órganos humanos

Como he tratado de exponer en el anterior epígrafe, la discusión sobre el modelo de elección para obtener órganos humanos destinados al trasplante se circunscribe, esencialmente, a la confrontación de los tres modelos descritos: el de donación, el de mercado y el obligatorio (que se reduciría a los dos primeros en el debate acerca del modelo de obtención de órganos procedentes de personas vivas).

En relación con la obtención de órganos procedentes de personas vivas, el modelo de donación que rige actualmente en España se enfrenta, ciertamente, al problema de no poder hacer frente al insuficiente número de órganos disponibles para trasplantar y, como resultado, de no poder cubrir las necesidades de la población enferma. Sin embargo, me adhiero a la idea de que su sustento resulta inevitable a la vista de los riesgos que la regulación del mercado de órganos acarrearía para la dignidad del donante, siendo aquellos más vulnerables los que previsiblemente accederían a vender sus órganos. El riesgo de explotación del donante se observaría no sólo en aquellos casos en los que pudiera mediar violencia, intimidación o engaño para obtener el órgano, sino también cuando el potencial donante se encontrase en una situación de necesidad o angustia económica y el ofrecimiento del precio supusiera abusar de esa situación. Así, por ejemplo, la situación de una persona que se ve obligada a vender un riñón para evitar que ella o su familia mueran de hambre o sufran privaciones extremas podría ser, sin duda, catalogada como una situación de explotación<sup>13</sup>. En suma, me opongo a tal posibilidad por entender que supone una indudable instrumentalización de la integridad física de una persona que, aun orientada a la salvación de la vida de otro, vulnera su dignidad.

Frente a esta determinación se alega que la mera prohibición del tráfico de órganos humanos puede calificarse de hipócrita, ya que se prohíbe a los más vulnerables vender sus órganos con el pretexto de protegerles pero no se hace nada para evitar que se vean en la situación de tener que realizar dicha acción. Sin embargo, considero que la tremenda desigualdad económica que existe a nivel mundial no

debería llevar a justificar comportamientos que supongan la instrumentalización de los más vulnerables, sino a exigir que se ponga remedio a su situación de pobreza. Evidentemente, el riesgo de explotación de los donantes al que estoy haciendo referencia no se daría en toda compraventa de órganos humanos, puesto que podría suceder, por ejemplo, que dos nacionales españoles de clase media decidiesen llevar a cabo una transacción de estas características con total libertad. No obstante, las dificultades prácticas para diferenciar estos casos de aquellos en los que se abusa de una situación de necesidad, incluso cuando mediase la intervención del Estado, parecen actualmente insalvables (De Lora, 2012).

Por tanto, el principal motivo que me lleva a considerar que para obtener órganos *inter vivos* es preferible el mantenimiento de la actual política de donación es el peligro de explotación que la legalización del mercado de órganos supondría para el donante, por la alta probabilidad de que en estos casos hubiese abuso de una situación de vulnerabilidad.

Por el contrario, no comparto las objeciones al modelo de mercado basadas en el acceso injusto a la terapia, y a la menor calidad de los órganos y la inseguridad de las condiciones en las que se lleva a cabo la doble operación, puesto que se podrían evitar con una correcta intervención estatal; es decir, articulando un modelo de mercado regulado. Tampoco parece irrefutable a favor del mercado de órganos el argumento de que los órganos son cosas, ya que no se ha determinado todavía con claridad por parte de la legislación civil el estatuto jurídico de las partes del cuerpo humano y, aún en el caso de entender que los órganos son cosas que nos pertenecen, la mayoría de los autores entienden que se trata de cosas *extra commercium* (Carrasco Perera, 2011, 89; Montés, 2009, 1394; O'Callaghan, 2001, 243). Asimismo, la previsión del incremento en el número de órganos disponibles parece dudosa, pues se estima que la difusión de noticias como las relativas al tráfico de órganos humanos en los medios de comunicación deterioran la imagen del sistema nacional de trasplantes, incrementando el número de rechazos a la donación gratuita, lo que podría también suceder en un mercado regulado, pues los eventuales donantes altruistas podrían disminuir (Matesanz Acedos y Domínguez-Gil González, 2007; Matesanz Acedos, 2003; Cuzin y Dubernard, 1995). Es más, algunos estudios acreditan cómo los mercados de órganos remodelan la forma en la que los donantes y los receptores



contemplan la donación. En particular, se afirma que la donación entre familiares puede llegar a ser vista como inapropiada cuando es posible comprar un órgano de un tercero, evitando así los riesgos para los seres queridos y los sentimientos de deuda con el donante (Koplin, 2014<sup>14</sup>).

Por lo tanto, ante el preferible mantenimiento de la actual política española de donación para la obtención de órganos *inter vivos*, con la finalidad de potenciar el número de órganos disponibles para trasplantar parece que es en relación con los órganos procedentes de personas fallecidas donde debería realizarse los mayores esfuerzos. Pues bien, teniendo en cuenta la grave situación en la que se encuentran los miles de enfermos que no consiguen recibir un trasplante por la falta de órganos disponibles y considerando que la obtención de órganos procedentes de personas fallecidas debería ser una opción preferente a la de la obtención de órganos de vivos<sup>15</sup>, estimo que el modelo obligatorio debería imponerse.

Bajo mi punto de vista, no existen razones que justifiquen la opción preferente por el modelo de donación o el de mercado para la obtención de órganos procedentes de personas fallecidas, ya que, en este caso no se ponen en riesgo ni la salud ni la dignidad de los donantes. Adviértase, en este sentido, que, según la doctrina civilista mayoritaria, cuando una persona fallece su cuerpo pasa a ser considerado una "cosa" y los derechos de la personalidad se extinguen<sup>16</sup>. Sin embargo, considero que han de rechazarse los dos modelos anteriores y optar por el obligatorio, debido a la gran diferencia entre el sacrificio exigido y el beneficio obtenido.

En el año 2015 se contabilizaron en España 334 negativas familiares (de un total de 2.185 entrevistas realizadas). A estas habría que sumar las negativas que los propios fallecidos declararon expresamente en vida, acerca de las cuales no se han facilitado datos<sup>17</sup>. Entonces, considerando que el número de fallecidos a la espera de un órgano se estima en un 7% del total de personas en listas de espera (lo que equivaldría a más de 380 personas en ese mismo año, pues había 5.552 enfermos en listas de espera a 31 de diciembre), si los órganos no donados se hubiesen podido trasplantar en los receptores más críticos, con todas las cautelas que han de adoptarse en una materia tan sensible como esta y asumiendo que algunos de estos fallecidos no podrían ser donantes de esos enfermos por contraindicaciones médicas, quizás podrían haberse evitado la mayoría de esas muertes.

El modelo obligatorio, por tanto, conseguiría disminuir el insuficiente número de órganos disponibles para trasplantar, que es el principal obstáculo al que se enfrenta el modelo de donación incluso en España y, a su vez, el principal motivo por el que surge el mercado negro de órganos humanos. Esta es la razón por la que estimo que, en este caso en particular, debería considerarse prioritaria la necesidad de ofrecer tratamiento a la población enferma frente a la autonomía individual del fallecido en relación con el destino de sus órganos<sup>18</sup>.

No parece razonable, en absoluto, que el respeto a la voluntad del fallecido o de su familia en relación con el destino de sus órganos haya de considerarse un interés superior a la vida de los enfermos que permanecen en listas de espera aguardando recibir un trasplante. Además, comparto que el modelo obligatorio sería más justo, ya que todos contribuirían a un sistema del que todos pueden llegar a ser beneficiarios. Y, finalmente, entiendo que este modelo sería el deseable porque así se evitaría a los familiares del donante tener que tomar una decisión, en ocasiones, contraria a sus preferencias, por las circunstancias (reciente fallecimiento de un ser querido, frecuentemente, de forma súbita)<sup>19</sup>.

Dos son los inconvenientes a los que se enfrentaría el modelo obligatorio. El primero reside en su posible vulneración al respeto a la libertad religiosa del fallecido (art. 16 CE). Sin embargo, el propio legislador español, en el Preámbulo de la *Ley 48/1984, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria*, ya afirmó que “*el reconocimiento constitucional de la libertad ideológica, religiosa y de culto implica la consagración del derecho a que los comportamientos personales se ajusten en cuanto no lesionen ningún bien social, a las propias convicciones*”. La objeción de conciencia se podría plantear, aceptando la posibilidad de impedir a los objetores ser receptores de órganos (sistema de reciprocidad) o posibilitando que los que no lo son tuviesen, de algún modo, acceso prioritario a los órganos disponibles (sistema de prioridad). Pero, a pesar de estas posibilidades, la libertad religiosa debería ceder, en este contexto, ante un bien de la importancia de la vida de los receptores enfermos. Por ello, la objeción de conciencia, aunque se posibilitara en el marco de estos sistemas (el de reciprocidad o el de prioridad), que no me parecen adecuados teniendo en cuenta los problemas que plantean en relación con la revocabilidad de tal decisión, debería ser rechazada.

El otro inconveniente que plantea el modelo obligatorio se relaciona con las dudas que existen acerca de la determinación de la muerte para potenciar la donación (De Lora y otros, 2013; Rodríguez-Arias, 2013). No obstante, considero que no debería servir para sustentar el modelo de donación y oponerse al obligatorio, pues precisamente surgen en aplicación del primero.

#### **4. Valoraciones finales. La influencia del modelo español de donación en el examen de proporcionalidad de la prohibición penal del comercio de órganos**

La conclusión a la que he llegado es que el modelo de donación debería mantenerse en España para la obtención de órganos de personas vivas, debido a los peligros que un mercado de órganos supondría para la dignidad del donante; mientras que el modelo obligatorio sería el preferible en relación con la obtención de órganos de personas fallecidas.

Teniendo ello en cuenta, en esta última parte del trabajo me propongo explicar por qué motivo la política española en materia de obtención de órganos, basada en el modelo de donación, podría repercutir en la valoración de la prohibición penal del comercio voluntario de órganos humanos prevista en el artículo 156 bis del Código penal.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, una decisión legislativa que comporte una previsión punitiva para quien lleve a cabo un determinado comportamiento delictivo satisfará el principio de proporcionalidad si la norma correspondiente, a) pretende tutelar bienes o intereses constitucionalmente no proscritos ni socialmente irrelevantes, b) es instrumentalmente apta o idónea para ello, c) resulta además necesaria, y d) guarda la debida proporción entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Pues bien, en relación con la obtención de órganos procedentes de personas fallecidas, bajo mi punto de vista, sería conveniente comprobar la conveniencia del modelo obligatorio, ya que si se confirmase que, en efecto, como parecen indicar los escasos datos disponibles, "confiscando" los órganos de los fallecidos que actualmente rechazan ser donantes se pueden evitar la mayoría de las muertes que acontecen de enfermos en listas de espera, esta sería una medida idónea para luchar contra el

tráfico de órganos humanos y resultaría menos lesiva que la prohibición contenida en el artículo 156 bis del Código penal. Mediante la adopción de este modelo, si se consiguiesen los resultados esperados y teniendo en cuenta que se están potenciando medidas para aumentar la obtención de órganos procedentes de personas vivas, como la donación cruzada<sup>20</sup>, el desequilibrio entre oferta y demanda de órganos humanos con fines terapéuticos se reduciría considerablemente y, por tanto, la principal causa que genera el tráfico de órganos humanos se empezaría a desvanecer<sup>21</sup>.

De esta manera, la incriminación del comercio voluntario de órganos humanos, en principio, parece presentar un importante déficit de legitimidad porque no se han puesto en marcha todas las medidas lícitas posibles tendentes a solucionar el problema de la escasez de órganos humanos con fines terapéuticos. Como sostiene Marcilla Córdoba, *"desde el punto de vista instrumental, la calidad de una ley consiste en su idoneidad o aptitud para alcanzar los fines u objetivos que el legislador declara y tiene como presupuesto la propia factibilidad de los fines elegidos, dado que no parece muy acorde con el sentido de la institución legislativa que el legislador se limite a declarar los fines que desee sin antes verificar tanto su factibilidad o posibilidad real de alcanzarlos a través de ciertos medios, como las eventuales consecuencias o resultados negativos que podrían derivarse desde la perspectiva de otros fines valiosos. Así pues, el legislador no ha de pretender por encima de todo la excelencia moral de la legislación, cuanto más bien su efectiva aptitud o idoneidad para solventar problemas sociales"* (Marcilla Córdoba, 2005, 338).

Adviértase que mientras no se adopte una medida como la que aquí respaldo u otra de similares resultados, resultará cuestionable la capacidad de la referida prohibición para prevenir el tráfico de órganos humanos (su efectividad), pues los receptores seguirán acudiendo al mercado negro de órganos cuando esté en riesgo su vida. Igualmente, resultará cuestionable su virtualidad para lograr los fines de tutela perseguidos (su eficacia), ya que la salud de los potenciales receptores continuará en peligro. En este sentido, conviene recordar que los delitos de tráfico de órganos humanos previstos en el artículo 156 bis del Código penal tratarían de proteger la salud pública entendida, en este contexto, como la salud de indeterminados receptores de órganos (Moya Guillem, 2014). Sentado lo anterior, la prohibición penal del comercio voluntario de órganos humanos podría no ser la medida idónea en este ámbito, al menos, hasta que se hayan desarrollado todas las posibilidades

lícitas tendentes a reducir el desequilibrio entre oferta y demanda de órganos humanos con fines terapéuticos.

Asimismo, la conclusión a la que me ha llevado la evaluación de los modelos de obtención de órganos humanos con fines terapéuticos pone en cuestión que la prohibición penal de comerciar voluntariamente con órganos humanos fuera necesaria. Algunos autores califican de innecesaria la tipificación penal del tráfico de órganos humanos en España por entender que las conductas ahora previstas en el artículo 156 bis del Código penal ya se contemplaban entre los delitos de lesiones<sup>22</sup>, así como por el hecho de que no existía en el momento de la confección de la ley noticia alguna acerca de la existencia de este fenómeno en España ni ningún instrumento internacional que obligase a llevar a cabo dicha tipificación (Romeo Casabona, 2010, 174)<sup>23</sup>. Parte de la doctrina entiende que se ha llevado a cabo una instrumentalización del Derecho penal para tranquilizar a la ciudadanía o, incluso, como una medida propagandística (Felip i Saborit, 2012, 249)<sup>24</sup>. A esta determinación contribuye el hecho de que, aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 el comercio voluntario de órganos humanos, que es la única conducta típica a la que me estoy refiriendo en el presente trabajo, estaba prevista en la legislación administrativa como una infracción muy grave, la sanción asociada a dicha infracción (de hasta 600.000 euros) nunca había sido aplicada.

Por ello, la necesidad de esta prohibición penal también quedaría puesta en entredicho ante la existencia de medios alternativos menos gravosos y, al menos, igualmente eficaces (la infracción administrativa) e incluso menos gravosos y más eficaces (la política alternativa de obtención de órganos humanos que he defendido en este trabajo) para conseguir los objetivos pretendidos.

En definitiva, la incriminación de la compraventa voluntaria de órganos humanos prevista en el artículo 156 bis del Código penal podría estar vulnerando el principio de proporcionalidad (y, por tanto, podría ser calificada de ilegítima) por dos razones: la primera, que no respetaría el requisito de idoneidad para alcanzar los fines que el legislador ha declarado, es decir, combatir el tráfico de órganos humanos, ya que la mera prohibición de este fenómeno no parece que vaya a impedir que los receptores sigan recurriendo a él cuando esté en riesgo su vida o su salud; y, la segunda, que no respetaría el requisito de necesidad, a la vista de que existían alternativas menos gravosas y, al menos, igualmente eficaces para perseguir dicho objetivo.

## Referencias

- Alonso Pérez, Mariano (2004): "La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva", en: González Porras, J.M. y Méndez González, F.P. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 117-138.
- Atienza Rodríguez, Manuel (2007): "El gran espectáculo de los donantes", *Revista el Notario del siglo XXI*, nº 16.
- Becker, Gary y Elías, Julio Jorge (2007): "Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations", *Journal of Economic Perspectives*, nº 21, pp. 3-24.
- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco (2016): "Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos", en: Morillas Cuerva, L. (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, pp. 99-111.
- Blumstein, James (1999): "La legalización del pago de órganos de cadáveres para trasplantes", en: Thomasma, D. y Kushner, T. (eds.), *De la vida a la muerte. Ciencia y bioética*, Madrid, Cambridge University Press, pp. 136-150.
- Borrillo, Daniel (1994): "Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico", *Reis*, nº 68, pp. 211-222.
- Montés Penadés, Vicente (2009): "Las categorías derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales", en: Carbonell Mateu, J.C.; González Cussac, J.L.; Orts Berenguer, E., *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1383-1406.
- Carrasco Perera, Ángel (2011): *Derecho civil*, Madrid, Tecnos.
- Casares, Miguel (2010): "Aspectos éticos de la donación renal de vivo", *Nefrología*, nº 30, pp. 14-22.
- Cuzin, Beatrice y Dubernard, J.M. (1995): "The media and organ shortage", en: Touraine y otros (ed.), *Organ shortage: The solutions*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, pp. 287-293.
- Davis, Connie y Delmonico, Francis (2005), "Living-donor kidney transplantation: A review of the Current practices for the live donor", *Journal American Society Nephrology*, nº 16, pp. 1098-2110.
- De Lora Deltoro, Pablo (2011): "Justicia y distribución de recursos. El caso de los trasplantes de órganos y tejidos", en: Gascón Abellán, M.; González Carrasco, M.C. y Cantero Martínez, J., *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1013-1029.
- De Lora Deltoro, Pablo (2012): "El trasplante de órganos y el caso del tranvía: ¿Por qué no confiscamos órganos de cadáver?", *Jueces para la Democracia*, nº 74, pp. 11-25.
- De Lora Deltoro, Pablo y otros (2013): "Bioética, reanimación cardiopulmonar y donación de órganos en asistolia", *Ilemata*, nº 13, pp. 283-296.
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (2011): *Estudio sobre las reformas del Código penal*, Madrid, Civitas.
- Domínguez-Gil González, Beatriz y otros (2010): "Situación actual del trasplante renal de donante vivo en España y otros países: pasado, presente y futuro de una excelente opción terapéutica", *Nefrología*, nº 30, pp. 3-13.
- Fabre, Cecile (2006): *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford, Clarendon Press.
- Friedlaender, Michael (2002): "The Right to sell or buy a kidney: are we mailing our patients?", *The Lancet*, nº 359, pp. 971-973.
- Garzón Valdés, Ernesto (1994): "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, nº 1, pp. 152-190.



- Gordillo Cañas, Antonio (1987): *Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas.
- Hansmann, Henry (1989): "The Economics and Ethics of Markets for human Organs", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, nº 14, pp. 57-85.
- Harris, John y Erin, Charles (2002): "An ethically defensible market in organ", *British Medical Journal*, Vol. 325, pp. 114-115.
- Hipen, Benjamin (2008): "Organ sales and moral travails: Lessons from the living kidney vendor program in Iran", *Policy Analysis*, nº 614.
- Koplin, Julian (2014): "Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets", *American Journal of Bioethics*, nº 10, p. 7-18.
- Larijani, Bagher; Zahedi, Farzaneh y Taheri, Eghbal (2004): "Ethical and legal aspects of organ transplantation in Iran", *Transplantation Proceedings*, nº 36, pp. 1241-1244.
- López Berenguer, José (1951): "Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo", *Anales de la Universidad de Murcia*, pp. 198-216.
- Marcilla Córdoba, Gema (2005): *Racionalidad legislativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Matas, Arthur (2004): "The case for living kidney sales: rationale, objections and concerns", *American Journal of Transplantation*, nº 4, pp. 2007-2017.
- Matesanz Acedos, Rafael y Domínguez-Gil González, Beatriz (2007): "Strategies to optimise deceased organ donation", *Transplantation Reviews*, nº 21, pp. 177-188.
- Matesanz Acedos, Rafael (2003): "Organ donation, transplantation and mass media", *Transplantation Proceedings*, nº 35, pp. 987-989.
- Molina Fernández, Fernando (2000): "El estado de necesidad como ley general (aproximación a un sistema de causas de justificación)", *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 1, pp. 199-260.
- Moya Guillem, Clara (2014): "Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 18, pp. 45-66.
- O'Callaghan, Xavier (2001): *Compendio de Derecho civil. Tomo II. Obligaciones y Contratos*, Madrid, Edersa.
- Peces-Barba, Gregorio (1993): "Problemas morales del derecho ante el trasplante de órganos", *Revista Española de Trasplantes*, nº 2, pp. 7-11.
- Queralt Jiménez, Joan Josep (2015), *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Rivera López, Enrique (2001): *Ética y trasplantes de órganos*, México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez-Arias, David (2013): "Ni vivo ni muerto, sino todo lo contrario. Reflexiones sobre la muerte cerebral", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. 189, disponible en: <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/1868> (última consulta: 04/09/2016).
- Romeo Casabona, Carlos María (2010): "La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7.
- Sayegh, Mohamed y Carpenter, Charles (2004): "Transplantation 50 years later. Progress, Challenges and Promises", *New England Journal of Medicine*, nº 26, pp. 2761-2766.
- Shetty, Priya (2009): "Tax cuts for organs?", *Lancet*, nº 17, pp. 1315-1316.
- Silver, Theodore (1988): "The case for a Post-Mortem Organ Draft and a proposed Model organ Draft", *Boston University Law Review*, Vol. 68, nº 4, julio 1988, pp. 681-728.

Torres Fernández, María Elena (2005), "La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina y su Protocolo adicional", en: Benítez Ortúzar, I.F.; Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J.M. (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro-homenaje al profesor Dr. D. Fernando Mantovani*, Madrid, Dykinson, pp. 381-408.

Urruela Mora, Asier (2005): "Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar", en: Romeo Casabona, C.M. (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, Comares, pp. 335-350.

Winkelmayer, Wolfgang y otros (2002): "Health economic evaluations: the special case of end stage renal disease treatment", *Medical Decision Making*, nº 22, pp. 417-430.

## Notas

### 1. El artículo 156 bis del Código penal establece lo siguiente:

*"1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.*

*2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.*

*3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33".*

2. El delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos se ubica en el artículo 177 bis.1.d) del Código penal tras haber sido reformado este precepto mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En este delito se prevé *"la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas"*, con la finalidad de extracción de sus órganos corporales.

3. En virtud del artículo 34 del Real Decreto 1723/2012, las infracciones muy graves se sancionarán con una multa de hasta 600.000 euros; las graves, con una multa de hasta 300.000 euros; y las infracciones leves, con una multa de hasta 40.000 euros.

4. Ello significa que en este trabajo no voy a abordar la legislación administrativa en materia de donación y trasplante de órganos; tampoco voy a tratar ninguno de los comportamientos típicos previstos en el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos (art. 177 bis.1.d Cp); ni voy a examinar la legitimidad de todos los delitos de tráfico de órganos humanos (art. 156 bis Cp). Sólo voy a referirme a la proporcionalidad de una de las conductas típicas que

esta última figura delictiva prevé: el comercio voluntario de órganos humanos, es decir, aquel comercio de órganos en el que no media violencia, intimidación ni engaño, ni se abusa de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad del donante.

5. He preferido utilizar el término "donación" porque el "altruismo" se define como *"la diligencia en procurar el bien ajeno aún a costa del propio"* (Diccionario de la RAE) y no todas las motivaciones que impulsan la donación de órganos deben ser altruistas. La satisfacción de ayudar a aquel que sufre o el pensar que el receptor en su lugar hubiera actuado igual son motivaciones perfectamente aceptables. Así pues, entiendo que el término "donación" resulta más acertado para hacer exclusiva referencia a la ausencia de ánimo de lucro, que es el significado que se le quiere dar a tal expresión.
6. Por ejemplo, la Red/Consejo Iberoamericano de donación y trasplantes, de la que España forma parte, en la "Recomendación para incentivar la donación de órganos y tejidos" de 2006 afirma que *"[l]a promoción de la donación altruista de órganos de cadáver y de vivo es la única solución al problema según el sistema actual"*.
7. En este ámbito, debe tenerse en cuenta que, aunque en España no se permite ningún tipo de incentivo económico, se ha denunciado que, a través de la ONT, se han introducido fuertes estímulos financieros en los hospitales públicos para incrementar las donaciones. Así, anualmente, el gerente de cada hospital consideraría la cifra prevista de trasplantes en el centro y, de manera oficiosa, acordaría con el personal sanitario dedicado a tal actividad la cuantía de unas retribuciones especiales añadidas al sueldo, y la forma de pagarlas (Rodríguez-Arias, 2014).
8. La cantidad de personas en lista de espera es un dato que ha de analizarse con suma cautela, dado que depende de cuáles sean los criterios que se adopten para aceptar pacientes en esas listas. Actualmente, dada la escasez de órganos, esos criterios son muy exigentes. Por tanto, el número de personas que realmente podrían beneficiarse con un trasplante (incluso salvar o prolongar su vida considerablemente) es mucho más grande que el que consta en las listas de espera (Rivera López, 2001, 11).
9. En este trabajo, con el propósito de evitar utilizar distintos términos para referirme a la persona que cede un órgano, según el modo en que lo haga, utilizaré indistintamente el término "donante", aunque en ocasiones esté aludiendo a quien lo vende y no a quien lo dona gratuitamente.
10. La dignidad, en este contexto, se ha venido definiendo como proscripción de la instrumentalización, cosificación o degradación del otro (*dignity as constraint* o perspectiva ontológica de la dignidad). Por lo tanto, cuando en el trabajo me refiera a la dignidad estaré aludiendo a esta limitada comprensión del referido principio.
11. Este argumento es frecuentemente utilizado en defensa de la legalización de determinadas drogas, así como, en otros términos, en defensa de la regulación de la prostitución. Sin embargo, afirmar que el comercio de órganos humanos va a seguir existiendo aunque esté prohibido no contempla la posibilidad de que puedan adoptarse otras medidas que, de resultar exitosas, puedan terminar con la escasez de órganos humanos y, por consiguiente, con el mercado negro de órganos humanos.
12. Evito el término "confiscatorio" por las connotaciones negativas que el mismo conlleva y para evitar paralelismos con la acción de la Administración Pública en relación con los bienes. Este modelo también ha sido denominado "modelo de estado de necesidad" al poner en la balanza la extracción de un órgano de un cadáver frente a la vida de una persona (Molina Fernández, 2000, 244).
13. Rivera López estima que para que una situación sea catalogada como una situación de explotación es necesario, por un lado, que aunque la persona no esté literalmente coaccionada, todas las alternativas restantes de acción tengan como consecuencia previsible para el sujeto un daño grave; y, por otro lado, que la conducta en cuestión sea en sí misma gravosa o represente una

limitación importante para la autonomía del individuo (Rivera López, 2011, 174-177).

14. Este estudio iraní constató que el 81% de los receptores de riñón había seleccionado un donante remunerado a pesar de tener un familiar vivo que podría haberle donado uno suyo, de manera que en 2010 sólo el 4% de los trasplantes de riñón de este país procedían de donantes vivos emparentados.
15. Los datos del *Organ Procurement Transplant Network* demuestran que la supervivencia del injerto renal a 5 años es del 79% para los receptores de órganos de donante vivo frente al 66% para los de donante fallecido; y la supervivencia del paciente a 5 años es del 90% para los primeros frente al 81% para los segundos. Los datos del *Collaborative Transplant Study* ofrecen resultados similares (Domínguez-Gil González y otros, 2010). Sin embargo, no puede desconocerse que la extracción del órgano supone un riesgo para el donante, que, aunque mínimo, se estima en un 0,03% de mortalidad. Así pues, como se sostiene de forma consensuada, pese a que el trasplante de órganos procedentes de persona viva debería ser el tratamiento de elección preferente en caso de insuficiencia renal crónica terminal, aspectos como la seguridad del donante y la motivación para donar han provocado que se opte en la mayoría de los casos por el trasplante de órganos de personas fallecidas (Casares, 2010, 14-22; Davis y Delmomino, 2005, 1098-2110; Sayegh y Carpenter, 2004, 2761-2766).
16. Autores como Alonso Pérez, entienden, sin embargo, que, extinguida la persona, "*subsisten los aspectos o manifestaciones de la personalidad porque son valores inherentes a la dignidad humana, inmunes por ello mismo a la muerte*" y de ahí que se evidencie la necesidad de proteger la memoria de los muertos de los ataques que puedan sufrir de terceras personas (Alonso Pérez, 2004, 118).
17. A pesar de que la práctica totalidad de los países integrantes del *Global Observatory on Donation and Transplantation* han facilitado los datos relativos a los fallecidos en lista de espera durante el año 2015 (67 países), España sólo ha señalado los fallecidos a la espera de órganos que no son riñones (un total de 155 fallecidos), lo que no puede orientarnos, en absoluto, ya que el número de fallecidos a la espera de un riñón, previsiblemente, haría aumentar esta cifra exponencialmente. Véase, al respecto, el *Newsletter Transplant 2015* del Consejo de Europa, Vol. 21, nº 1/2016.
18. La legislación actual en materia de trasplantes muestra una verdadera inversión de los intereses afectados. Seguramente, el examen que se ha realizado en este ámbito ha determinado que el Derecho debe ser un instrumento de pacificación de conflictos sociales, y para cumplir esa función debe ser respetuoso con las creencias y los sentimientos de los ciudadanos (Molina Fernández, 2000).
19. En este ámbito, se tiende a generar un cierto porcentaje de respuestas negativas en sujetos que, en principio, son favorables a la donación *mortis causa* (Urruela Mora, 2005). Así, mientras distintos estudios sitúan en un 90% las actitudes favorables hacia la donación en España; en el medio hospitalario la tasa de donantes reales se sitúa por debajo del 80%.
20. Algunas de estas iniciativas, como la donación cruzada, están dando resultados muy satisfactorios. Esta (también conocida como donación de tipo "*cross-over*") consiste en el intercambio de donantes. Así, si dos parejas A-B y C-D, por la relación que les une, desean ser A donante de B y C donante de D, pero, una vez realizado el debido examen, se determina su incompatibilidad, este programa ofrece la posibilidad de que si A y D son compatibles; y, B y C también lo son, puedan realizarse los trasplantes entre ellos. Más información acerca de la donación cruzada en España puede encontrarse en la publicación "Programa Nacional de Donación renal cruzada en España" de la ONT, de 21 de abril de 2015, disponible en: [http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Programa%20Donaci%C3%B3n%20Renal%20Cruzada\\_actualizaci%C3%B3n\\_25062015.pdf](http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Programa%20Donaci%C3%B3n%20Renal%20Cruzada_actualizaci%C3%B3n_25062015.pdf) (última consulta: 21/09/2016).
21. En el Estudio conjunto "*Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal organs*" de 2009, que ordenaron el Consejo de Europa y la ONU a

cuatro expertos, se determina que las causas que generan el tráfico de órganos humanos son la escasez de órganos humanos disponibles para trasplantar en relación con la creciente demanda existente, las desigualdades económicas entre los donantes y los receptores de los órganos, y el desigual acceso a la terapia del trasplante.

22. A ello contribuye el hecho de que el legislador, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, haya afirmado que aunque *"nuestro Código Penal ya contempla estas conductas en el delito de lesiones, se considera necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante"*. Por ello, se afirma que *"no parecía una materia necesitada de regulación penal"*.
23. Los únicos instrumentos legales internacionales que exigían de manera expresa que los Estados previesen sanciones penales en contra del tráfico de órganos humanos eran: el Informe "Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos", de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU de 2006; la Resolución sobre donación y trasplante de órganos del Parlamento Europeo de 2008; el Informe del *Steering Committee on Bioethics* (CDBI), el *European Committee on Crime Problems* (CDPC) y el *European Committee on Transplantation of Organs* (CD-P-TO), para identificar cuáles eran los elementos principales que formarían parte de un instrumento legal vinculante contra el tráfico de órganos, tejidos y células de origen humano, de 2011; y la Recomendación 2008 (8), "Consideraciones bioéticas sobre la donación y el trasplante de órganos, tejidos y células" de la Red/Consejo Iberoamericano de donación y trasplantes de 2008. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos eran vinculantes.
24. Téngase en cuenta que, por ejemplo, en la edición de los Premios de la Fundación Príncipe de Asturias del año 2010 se otorgó el premio de "Cooperación internacional" a la ONT y a la organización estadounidense *The Transplantation Society* por su lucha para *"erradicar el tráfico ilegal de órganos en el mundo"*, tal y como se señala en el acta de concesión. Esta finalidad simbólica o, incluso, propagandística de la incriminación del tráfico de órganos humanos resulta, pues, bastante evidente.